

# Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1997). Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld: een ontwikkeling naar billijkheid? In *Tussen 'Alles' en 'Niets': van toedeling naar verdeling van nadeel* (pp. 213-227). W.E.J. Tjeenk Willink.

## Document status and date:

Published: 01/01/1997

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

J.M. SMITS\*

## **Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld: een ontwikkeling naar billijkheid?**

### **1Inleiding**

Indien men tracht om vat te krijgen op het leerstuk van 'eigen schuld', is het aangewezen zich af te vragen hoe met aanpalende leerstukken wordt omgegaan. Hoewel tegenwoordig wordt aangenomen<sup>1</sup> dat pas met de causaliteitsweging als door de Hoge Raad in 1916 aanvaard en zoals thans in art. 6:101 BW neergelegd, recht kan worden gedaan aan de realiteit van het onrechtmatige daadsrecht - immers daaruit bestaande dat doorgaans zowel de laedens als de gelaedeerde bijdraagt aan het ontstaan van de schade - kan men zich afvragen, niet alleen of dit nieuw is, maar ook of dit resultaat exclusief langs de weg van de eigen schuld kan worden bewerkstelligd.

Wat het eerste punt aangaat: de heersende visie dat de aansprakelijkheid van de laedens in het Nederlandse recht tot 1916 een 'alles-of-niets'-karakter had, heeft zeker de charme van de eenvoud, maar het is goed haar reeds op voorhand met de nodige scepsis te beschouwen: het ontbreken van een zelfstandig leerstuk van eigen schuld zegt niet zoveel over de vraag of een billijk resultaat niet *langs andere wegen* werd bereikt. Privaatrechtelijke

---

\* Universiteit Maastricht.

1 Zie bijv. A.J.O. van Wassenae van Catwijck/R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, tweede druk Zwolle 1995, no. 3. Vgl. Sullivan, J. in *Li v. Yellow Cab Company of California* (1975, geciteerd bij Keeton et al, *Cases and Materials on Tort and Accident Law*, St. Paul Minn. 1983, p. 329): 'The doctrine of comparative negligence is preferable to the 'all-or-nothing' doctrine (...) from the point of view of logic, practical experience, and fundamental justice'.

sluipwegen worden door rechters nu eenmaal graag bewandeld.<sup>2</sup> In de tweede plaats is een belangrijke vraag of ook in het huidige Nederlandse recht geen alternatieven voorhanden zijn om eenzelfde resultaat te bereiken als thans langs de weg van art. 6:101 geschiedt. De heersende opvatting in deze luidt dat via leerstukken als risico-aanvaarding en toestemming in het onrechtmatige daadsrecht slechts een alles-of-niets-resultaat bereikt kan worden, maar dat alleen art. 6:101 ons in staat stelt om tot een billijk geachte uitkomst te komen.

In deze bijdrage wordt met name de tweede als heersend te beschouwen visie van kritische kanttekeningen voorzien. De nadruk ligt daarmee op het huidige recht; indien men evenwel tot het oordeel zou komen dat een afweging van eigen schuld ook langs andere wegen dan door expliciete erkenning van het leerstuk bereikbaar is, kan men vervolgens nagaan in hoeverre die andere wegen ook vroeger zijn toegepast. Zo'n onderzoek valt buiten het bestek van deze bundel. Met de hier gevolgde benadering is het wetenschappelijk doel gediend dat men niet enkel op de grond dat een leerstuk als eigen schuld opkomt, kan concluderen tot een ontwikkeling naar billijkheid. Maar er is ook een praktisch belang: indien men op zoek is naar concrete aanwijzingen ter invulling van de maatstaf van art. 6:101,<sup>3</sup> kan men wellicht voortbouwen op regels waarmee een 'verborgen' eigen schuld-afweging wordt gemaakt. Vanuit dit perspectief kan ook worden getracht om de manier waarop art. 6:101 thans wordt toegepast, te bekritisieren.

## **2Opkomst van gedeelde draaglast bij eigen schuld: korte schets van een ontwikkeling**

Toen de Hoge Raad in 1916 uitsprak dat de rechter verplicht is om 'ingeval van schade ontstaan door onrechtmatige daden (verzuimen) van meer personen den vergoedingsplicht af te meten naar de mate waarin ieders schuld heeft medegewerkt tot het veroorzaken dier schade'<sup>4</sup> was dat een gebrekkige formulering van

---

<sup>2</sup> Zie recent H. Kooiker, *Lex scripta abrogata*, diss. Groningen 1996, Nijmegen 1996, p. 497 v. en de daar genoemde literatuur.

<sup>3</sup> Zie de Inleiding bij deze bundel.

<sup>4</sup> HR 4 februari 1916, NJ 1916, 450 (Hijs/Morré).

een idee dat tot dan toe expliciet alleen in lagere rechtspraak had gefigureerd.<sup>5</sup> Tot in de negentiende eeuw nam men, in overeenstemming met wat reeds in het Romeinse recht gold,<sup>6</sup> aan dat wanneer de gelaedeerde zelf had bijgedragen aan het ontstaan van de schade, deze in beginsel geen vergoeding kon krijgen tenzij de laedens de schade opzettelijk had toegebracht.<sup>7</sup> De grondslag voor die regel in de Romeinse tijd zelf was onduidelijk, maar in de *usus modernus* werd hij gefundeerd in de wederzijdse schuld van de betrokkenen. Deze zg. *compensatio culpa* hield in dat het slachtoffer zijn vordering geheel behield indien zijn schuld minder was dan die van de dader; hij kon in het geheel niets vorderen indien zijn schuld even groot of groter was dan die van de laedens.<sup>8</sup>

Deze 'alles-of-niets'-benadering<sup>9</sup> maakte in de meeste Europese landen pas aan het einde van de negentiende eeuw algemeen plaats voor een andere. Consequentie was immers dat althans in theorie ook een zeer geringe mate van schuld de gelaedeerde beroofde van zijn vordering. Een verdeling van de aansprakelijkheid naar het wederzijdse veroorzakingsaandeel werd voortaan de maatstaf. In continentaal-Europees perspectief kan als sluitstuk van die ontwikkeling de invoering van § 254 I BGB worden beschouwd,<sup>10</sup> in Anglo-Amerikaanse stelsels vond de ontwikkeling iets later in de tijd plaats doch was zij niet wezenlijk anders.<sup>11</sup> In Nederland vond

---

5 Zie bijv. Rb. Rotterdam 6 maart 1911, NJ 1914, 1223 (De Twee Gezusters), waar een vergoeding voor de helft van de schade werd toegewezen. Oude rechtspraak vooral bij H.A. van Nierop, *Eigen schuld van den benadeelde*, diss. UvA 1905.

6 D. 9.2.11 pr., waarover Christian Wollschläger, *Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht*, ZSS (ROM) 93 (1976), p. 115 v. en Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. 1011 v. en 1030. De Digestenplaats betreft het bekende geval van de barbier die een klant scheert in de nabijheid van een sportveld en wiens hand wordt getroffen door een bal, waardoor de klant in de keel wordt gesneden. Diverse opvattingen zijn hierover verdedigd, maar *niet* dat een verdeling van de schade moest plaatsvinden wegens de keuze van de locatie door de klant.

7 Zie ook *IECL* Vol. XI-1 (Tunc), no. 145 v.

8 Vgl. A.J.O. van Wassenauer, *Eigen schuld*, diss. Leiden 1971, Groningen 1971, p. 17 v. en de literatuur genoemd in noot 6.

9 Een beeldende term, gebruikt door vrijwel alle auteurs, wellicht teruggaand op Lorenz (vgl. Van Wassenauer, a.w., p. 3).

10 Zie voor ontwikkelingen in andere landen (eerder al bijv. 1304 ABGB en 51 OR, later een soortgelijke ontwikkeling in de Franse rechtspraak) bijv. Van Wassenauer, a.w., p. 3 v.

11 Zie voor deze ontwikkeling van 'contributory negligence' naar comparative negligence' bijv. Keeton, a.w., p. 314 v. In Engeland werd in 1945 de Law Reform (Contributory Negligence) Act ingevoerd. Zie Markesinis/Deakin, *Tort Law*, 3rd. ed., Oxford 1994, p. 640 v.

de overgang naar het arrest van 1916 geleidelijk plaats. Zo zijn er uitspraken waaruit blijkt dat ondanks onvoorzichtigheid van de gelaedeerde de aansprakelijkheid ook buiten opzet van de laedens blijft bestaan.<sup>12</sup> Andere uitspraken laten een verdeling wel degelijk toe zonder dat duidelijk is op welke grondslag deze berust.<sup>13</sup> In de jaren tussen 1916 en 1992 werden de contouren van het eigen schuld-verweer nader gevormd zonder dat de wijze van verdeling principiële wijzigingen onderging. Wel werd de causale verdeling onder de invloed van een algemene billijkheidscorrectie gebracht.<sup>14</sup>

Bedacht zij nog dat het vraagstuk van de invloed van 'eigen schuld' op de aansprakelijkheid tegenwoordig meestal wordt beperkt tot handelen of nalaten van de benadeelde. Een juiste waardering is echter pas mogelijk indien men zich realiseert dat art. 6:101 slechts één uiting is van een meeromvattend fenomeen dat de schade die iemand toebrengt wordt beïnvloed door omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde. Behalve aan expliciete handelingen van het slachtoffer die eigen schuld opleveren of die aanleiding zijn om een risico-aanvaarding of toestemming aan te nemen en diens plicht om een eventuele schade te beperken, kan men ook denken aan een mogelijke persoonlijke predispositie of een andere *toestand* waarin het slachtoffer verkeert en die meewerkt om de schade de omvang te geven die deze in casu heeft.<sup>15</sup> Wie in een museum struikelt en toevalligerwijze een kostbaar schilderij vernielt, veroorzaakt meer schade door een oorzaak *buiten de laedens gelegen* dan wie door de val slechts een suppoost verwondt. Wie een verzekerd slachtoffer treft, staat er

---

12 Zie bijv. Rb. Arnhem 5 oktober 1899, W 7343 (1899) (Valse obligaties) en Rb. Haarlem 30 juni 1903, W 8083 (1904) (De Eendracht).

13 Zie bijv. Rb. Zierikzee 7 juni 1898, W 7191 (1898) (Ruinpaard): 'dat de ingestelde vordering tot schadevergoeding ook niet ondeelbaar is, omdat zij strekt tot betaling van een geldsom, welke zeer goed vatbaar is voor verdeeling', alsmede Rb. Rotterdam 24 november 1902, W 7969 (1903) (Toevalligheid). Overigens achtte ook Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, dl. 11, Groningen 1888, p. 87 een verdeling al mogelijk: de rechter mag beslissen 'zoo als hem het meest gepast voorkomt'.

14 Vanaf HR 4 november 1977, NJ 1978, 146 (Topaz). Zie A.J.O. van Wassenauer en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, tweede druk Zwolle 1995, no. 167.

15 Zie H.R. Ribbius, *De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1906, p. 191 en J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. UvA 1972, p. 193 v.

anders voor dan wie onrechtmatig handelt jegens een niet-verzekerde.<sup>16</sup>

Opvallend is nu dat vooral de rechtsfiguren van risico-aanvaarding en toestemming, dus een *handelen*, in verband zijn gebracht met 'eigen schuld' van de benadeelde en veel minder diens persoonlijke *omstandigheden*. Of de daar geformuleerde regels ook de eigen schuld in een helderder licht kunnen plaatsen, wordt later geëxploreerd. Eerst moeten risico-aanvaarding en toestemming nader worden bestudeerd: de wijze waarop met hen wordt omgegaan is namelijk tekenend voor de manier waarop in het onrechtmatige daadsrecht in het algemeen tegen omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde wordt aangekeken.

### **3Risico-aanvaarding en toestemming: gebrekkige bressen in het systeem van het onrechtmatige daadsrecht**

Het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht wordt gekenmerkt door een nadruk op de laedens: wanneer deze een zorgvuldigheidsnorm schendt, staat diens aansprakelijkheid (mits aan de overige vereisten van art. 6:162 is voldaan) in beginsel vast.<sup>17</sup> Weliswaar legt de relativiteitseis een relatie tussen laedens en gelaedeerde, maar die eis wordt doorgaans nogal beperkt opgevat: of de benadeelde zelf heeft bijgedragen aan de schade wordt daarmee in theorie niet getoetst.<sup>18</sup>

Bij dit accent op wat men kan noemen een *eenzijdige zorgvuldigheidsnorm* is het omgaan met omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde problematisch. Dit blijkt al daaruit dat niet alleen de plaats van de eigen schuld lang onduidelijk is geweest, maar dat ook risico-aanvaarding en toestemming nogal omstreden rechtsfiguren zijn. Risico-aanvaarding is het zichzelf vrijwillig in een

---

16 Voor een overzicht Van Wassenae/Jongeneel, a.w., no. 184 v.

17 In het navolgende zal in hoofdzaak worden gesproken over een schending van de zorgvuldigheidsnorm, doch het betoog is in essentie hetzelfde voor de inbreuk op een recht en de strijd met een wettelijke plicht. Vgl. *Asser-Hartkamp* III, no. 54 en over de 'Leer Smits' infra. De risico-aansprakelijkheid wordt buiten het betoog gehouden.

18 Zie evenwel G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1992, Deventer 1992, p. 174 v. en Werner Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, München 1965, p. 25 v. en infra.

gevaarvolle situatie brengen,<sup>19</sup> toestemming het instemmen met het (potentieel) schadetoebrengend gedrag van de laedens. Waar toestemming van de benadeelde in beginsel nog in de weg staat aan de schadevergoedingsplicht<sup>20</sup> — hoewel niet duidelijk op welke grond<sup>21</sup> — daar is risico-aanvaarding door de Hoge Raad als afzonderlijke rechtsfiguur verworpen: wat men daarmee beoogt te bereiken gaat op in hetzij de vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens de benadeelde hetzij de vraag of sprake is van eigen schuld.<sup>22</sup>

Met een nadruk op een eenzijdige zorgvuldigheidsnorm (*deze laedens heeft onzorgvuldig gehandeld*), is het moeilijk rekening houden met omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde. Heeft men vastgesteld dat een norm is overtreden, dan is rechtssystematisch immers in beginsel de schadevergoedingsplicht gegeven. Daarna nog betekenis hechten aan factoren aan de zijde van de gelaedeerde spoort niet met ons systeem. Men moet dan aannemen dat zij ondanks de aanvankelijke normschending toch aan het (geheel) vorderen van schadevergoeding in de weg staan. Een voorbeeld kan dit verduidelijken:

De archeoloog A begeeft zich in een treincoupé vol voetbalsupporters. Eén der supporters werpt een bank door het raam van de coupé waardoor niet alleen A wordt geraakt, maar ook de langs de spoorweg fietsende voorbijganger B.

In het Nederlandse recht is men nu geneigd om de vraag of zowel A als B schadevergoeding kunnen vorderen, te beantwoorden door steeds eerst vast te stellen of *los van het gedrag van de benadeelde* de zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Is die vraag bevestigend beantwoord, dan kunnen *vervolgens* omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde de schadevergoedingsplicht doen vervallen. Jegens A is in beginsel onzorgvuldig gehandeld doch denkbaar is dat wegens 'risico-aanvaarding', toestemming of eigen schuld hij

---

19 Definities verschillen afhankelijk van hoe men de rechtsfiguur ziet. Vgl. C.A. Streefkerk, *Risico-aanvaarding*, WPNR 5505 (1980), p. 125.

20 Zie HR 12 oktober 1990, NJ 1992, 620 (Geerts/Ten Dam) en Van Wassenae/Jongeneel, a.w., no. 121.

21 *Asser-Hartkamp* III, no. 65 meent dat de onrechtmatigheid wegvalt, idem Van Wassenae/Jongeneel, a.w., no. 96. Vgl. evenwel Van Wassenae, a.w., p. 189: gaat i.e.g. deels op in eigen schuld. Ook kritisch Streefkerk, a.w., p. 123. Rechtsvergelijkend Tunc, a.w., no. 163.

22 HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (Dekker/Van der Heide). Zie voor een overzicht van de kritiek op de rechtsfiguur risico-aanvaarding bijv. *Asser-Hartkamp* I, no. 454 v.

niet de (volledige) schade kan vorderen. Ook jegens B is onzorgvuldig gehandeld en diens gedrag geeft geen aanleiding tot een herziening van dat aanvankelijke oordeel.

Deze heersende benadering heeft het onmiskenbare voordeel dat diverse gescheiden stappen op weg naar het juiste oordeel kunnen worden gezet.<sup>23</sup> Dat lijkt echter alleen nuttig wanneer de vragen ook gescheiden kunnen *worden* en dat is hier geheel en al de kwestie. Dat hangt namelijk – zo komt mij voor – af van de zorgvuldigheidsnorm die in casu moet worden opgesteld. In bovenstaand voorbeeld lijkt het nogal gekunsteld om eerst de schending van een norm aan te nemen jegens A om vervolgens aan het gedrag van B betekenis toe te kennen. Voor de toestemming wordt dit door sommigen ook wel aanvaard nu zij menen dat dit de onrechtmatigheid opheft,<sup>24</sup> bij risico-aanvaarding is dit al meer omstreden en dat bij eigen schuld in wezen de onrechtmatigheid zelve in het geding zou kunnen zijn, wordt nog minder aangenomen.<sup>25</sup>

Genoemde rechtsfiguren kunnen worden beschouwd als gebrekkige bressen in een systeem dat de normschending van één persoon centraal stelt.<sup>26</sup> Afbreuk doen aan een eerder vastgestelde onzorgvuldigheid lijkt echter niet altijd vruchtbaar. Wil men werkelijk recht doen aan ook de omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde, dan zou men een andere weg dan die langs eigen schuld, toestemming en risico-aanvaarding voert kunnen kiezen, bijvoorbeeld door de normschending zelve centraal te stellen. Maar meer algemeen is eerst de vraag op welke diverse manieren men aan 'eigen schuld' van de benadeelde betekenis toe kan kennen.

## 4Wegen naar de verdeling van de draaglast

### 4.1 Algemeen

---

23 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 93 v.

24 Vgl. *Asser-Hartkamp* III, no. 65.

25 Zie evenwel Van Schellen, a.w., p. 180 v. Voor de veelheid aan visies inzake de grondslag van eigen schuld Van Wassenae, a.w., p. 19 v.

26 De positie van het slachtoffer wordt steeds belangrijker in het aansprakelijkheidsrecht. Zie A.R. Bloembergen, Eigen schuld bij letselschade: een verweer op zijn retour, in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad 1997, p. 5 v.



Welke wegen kunnen worden bewandeld om een gedeelde draaglast te bereiken? Het onrechtmatige daadsrecht wordt gekenmerkt door criteria die vaak uitwisselbaar zijn: men kan eenzelfde vraagstuk aan de hand van diverse criteria oplossen en het is betrekkelijk toevallig welke oplossing men kiest.<sup>27</sup> Dit fenomeen lijkt zich nu bij uitstek voor te doen bij eigen schuld.<sup>28</sup>

De drie mogelijkheden die denkbaar zijn passeren hier de revue. In de eerste plaats kan men een zorgvuldigheidsnorm formuleren waaraan het gedrag van de laedens wordt getoetst. Is vastgesteld dat die norm is overtreden, dan kan men vervolgens bij het bepalen van de verschuldigde schadevergoeding bezien in hoeverre de schade mede is veroorzaakt door een omstandigheid aan de zijde van de benadeelde. Deze weg is gekozen in art. 6:101 BW met dien verstande dat in een derde toets de billijkheid nog tot een ander resultaat kan leiden dan de causale verdeling.

In de tweede plaats kan men eventuele eigen schuld langs de weg van rechterlijke matiging der schadevergoeding mee laten wegen. De visie van de NBW-wetgever was aanvankelijk dat eigen schuld inderdaad langs de weg van rechterlijke matiging (6:109) van de ten volle ontstane schadevergoedingsverplichting zou worden bewerkstelligd.<sup>29</sup> Thans kan matiging nog geschieden van een eventueel eerder langs de weg van art. 6:101 verminderde schadevergoedingsplicht (waarop wellicht ook reeds de billijkheids-correctie is toegepast).<sup>30</sup>

Deze laatste weg is met name in de Amerikaanse rechtspraak beproefd. In het daar bestaande systeem is het de jury die de hoogte van de schadevergoeding vaststelt en dan niet zelden rekening houdt met eigen schuld. In de beroemde case *Li v. Yellow Cab*, waarin het Californische Hooggerechtshof de *comparative negligence* aanvaardde, was een van de redenen om af te stappen van het alles-of-niets-stelsel dat de jury de facto toch al de schade verdeelde: 'the compromise in the jury room does result in some diminution of the

---

27 Zie voor deze 'communicerende vaten' of permeabiliteit G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss. Groningen 1986, Deventer 1986, p. 222 v. en kritisch Asser-Hartkamp II, no. 52 v.

28 Zie ook Van Schellen, a.w., p. 188.

29 Parl. Gesch. Boek 6, p. 352. Thans is de grondslag dat de vordering van de benadeelde eenvoudigweg in verminderde mate ontstaat (a.w., p. 353).

30 Zie bijv. Van Wassenae/Jongeneel, a.w., p. 155. Anders Asser-Hartkamp II, no. 499.

damages because of the plaintiff's fault. But the process is at best a haphazard and most unsatisfactory one' De verdeling geschiedt dan immers 'in unpoliced, irregular, and unreasonably discriminatory fashion'. In de plaats van die onzuivere praktijk kan dan beter de openlijke causaliteitsweging worden aanvaard.<sup>31</sup>

In de derde plaats lijkt denkbaar om binnen de zorgvuldighedsnorm *zelve* de omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde te laten meespelen. Men zou dan de zojuist geschetste eenzijdige zorgvuldighedsnorm moeten verlaten en het gedrag van de benadeelde in de norm moeten incorporeren.

Thans wordt nagegaan in hoeverre in de eerste en derde benadering recht kan worden gedaan aan zowel het gedrag van de laedens als aan dat van de gelaedeerde. Aan de matiging wordt verder geen aandacht besteed. Uitgangspunt is de casus uit Dekker/Van der Heide:<sup>32</sup> voetballer Van der Heide raakt gewond aan zijn been na te zijn geschopt door tegenstander Dekker toen hij reeds op de grond lag en niet langer de bal speelde. Ik neem aan dat het feit dat het slachtoffer zich als speler op het veld bewoog een rol moet spelen bij de schadeverdeling. De vraag is slechts: langs welke weg moet dit worden bereikt?

#### 4.2 Zorgvuldigheid, wederzijdse causaliteitsweging en billijkheid

Aan Jherings wet van de juridische spaarzaamheid (hoe minder juridische concepten, hoe groter de coherentie van het recht) lijkt de Nederlandse wetgever zich op het terrein van de eigen schuld niet te hebben gehouden.<sup>33</sup> Vier afwegingen moeten worden gemaakt alvorens men tot een eindoordeel omtrent de invloed van het gedrag van de gelaedeerde is gekomen: in mijn voorbeeld is achtereenvolgens de vraag of Dekker onzorgvuldig heeft gehandeld, of de schade mede een gevolg is van een aan Van der Heide toe te rekenen omstandigheid, of de billijkheid wegens 'de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval' nog een andere verdeling eist en ten slotte of de rechter het aldus vastgestelde bedrag nog moet matigen.

---

31 Prosser, aangehaald door Sullivan, geciteerd in Keeton, a.w., p. 330. Een tegenstem luidt dat een jury dan nog steeds de schadevergoeding kan matigen en dat dan beter is om de *all-or-nothing-approach* te handhaven als een rem op de neiging van de jury de eiser te bevoordelen.

32 HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622.

33 Aldus Maurice Adams, ERPL 2 (1994), p. 334.

Laat men de zorgvuldigheidsnorm zelve nu even buiten beschouwing, dan is de opvatting van de wetgever kennelijk dat de maatstaf van wederzijdse veroorzaking van de schade niet altijd tot een billijk resultaat kan leiden.<sup>34</sup> Die gedachte heeft haar meest geprononceerde toepassing gehad op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid: ook al spreidde de gelaedeerde zelf onvoorzichtig gedrag ten toon, de billijkheid eist dat de gemotoriseerde bestuurder jegens een kind jonger dan 14 voor het geheel aansprakelijk is behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de gelaedeerde.<sup>35</sup> Jegens een slachtoffer ouder dan 14 is de laedens behoudens opzet of grove schuld in elk geval voor de helft aansprakelijk; is het aandeel van het slachtoffer minder dan de helft, dan heeft hij recht op een evenredig hogere vergoeding.<sup>36</sup>

De vraag is nu of deze scheiding van causaliteitsweging enerzijds, corrigerende billijkheid anderzijds wel houdbaar is. Dat tussen eigen schuld en (doorbreking van) causaliteit een vage scheidslijn bestaat, was al wel bekend.<sup>37</sup> Essentieel is of die scheidslijn niet zo vaag is dat het beter is beide in één afweging mee te nemen. Ter illustratie een voorbeeld: een notaris verlijdt in opdracht van een bank diverse hypotheekakten waarbij de bank aangeeft welke rang aan de inschrijvingen moet worden gegeven. Na faillissement van de hypotheekgever blijken de hypotheeken een lagere rang te hebben dan in de akten vermeld met als gevolg dat de bank niet fl 215.000,- maar slechts fl 45.000,- verkrijgt. In casu had de bank niet ingegrepen na de mededeling van de notaris dat de beoogde rang niet was verkregen en had zelfs de kredietfaciliteit

---

34 Vgl. J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen dl. 3 (mon. Nieuw BW B-36)*, Deventer 1992, p. 8, Parl. Gesch. Boek 6, p. 352 en Jac. Hijma, Noot bij HR 1 juni 1990 (Ingrid Kolkman), AA 1991, p. 68: de billijkheidscorrectie biedt een 'volwaardig tweede beoordelingsmoment'; instemmend Spier, a.w., p. 17.

35 Zie vooral HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 (Ingrid Kolkman) alsmede T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Kinderen en eigen schuld*, VR 39 (1991), p. 1 v.

36 HR 29 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink) en HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (Anja Kellenaers).

37 Zie A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 126 (1996-I), p. 149-150 en A-G Vranken in zijn conclusie voor HR 31 december 1993, NJ 1994, 275 (Notaris): het is 'toch bijna steeds dezelfde toerekeningsvraag' die beantwoord moet worden en vgl. Spier, *Mon. NBW B-36*, p. 17. Voorts Lord Atkin in *Caswell v Powell Duffryn Ass. Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722, 730: 'I find it impossible to divorce any theory of contributory negligence from the concept of causation'.

daarna nog verhoogd. Het Hof achtte – goedgekeurd door de Hoge Raad<sup>38</sup> – 50% eigen schuld aanwezig. Evengoed kan men evenwel stellen dat door de nalatigheid van de bank het causaal verband tussen de fout van de notaris en de schade die de bank lijdt is doorbroken. Ook in Dekker/Van der Heide kan men zo redeneren: omdat Van der Heide zich vrijwillig in het voetbalspel heeft begeven kan zijn schade niet worden aangemerkt als een gevolg van de schop van Dekker maar hoogstens als een gevolg van zijn eigen handelen.

Essentieel lijkt nu dat men tot dit oordeel kan komen omdat het Nederlandse causaliteitsbegrip zelve reeds normatief is:<sup>39</sup> men acht het redelijk om aan te nemen dat *deze* oorzaak uit vele de schade heeft veroorzaakt; andere oorzaken worden genegeerd. Lord Denning stelde dit goed in het licht:<sup>40</sup>

`(...) to mitigate the harshness of the doctrine of contributory negligence, the courts in practice sought to select, from a number of competing causes, which was *the* cause – the effective or predominant cause – of the damage and to reject the rest'.

Wanneer nu – zoals in het Nederlandse recht gebeurt – een causaliteitsvraag en een billijkheidscorrectie worden onderscheiden, wordt er kennelijk van uitgegaan dat met de causaliteitsweging soms geen billijk resultaat bereikt kan worden. Maar is dit zo? De proef op de som wordt genomen als men zich afvraagt of langs de weg van de causaliteit ook een *gedeelde* draaglast kan worden bereikt.<sup>41</sup>

Stelt men wederom de keuze voor *een bepaalde oorzaak* centraal, dan lijkt dit eveneens mogelijk. Indien bij een autobotsing het slachtoffer schade lijdt omdat dit geen gordel draagt, dan is het redelijk de laedens niet aansprakelijk te houden voor *de extra schade*, veroorzaakt door dit onvoorzichtig gedrag. Dat gedeelte van de

---

38 HR 31 december 1993, NJ 1994, 275 (Notaris). Vgl. ook HR 25 september 1992, NJ 1992, 751 (Alpuro/Dijkhuizen): dierenarts overtreedt veiligheidsnorm bij voorschrijven medicijn, boer dient foutief toe: de laatste fout verbreekt het causaal verband van fout dierenarts.

39 Men verklaart een der storingen juridisch irrelevant. Zie Van Schellen, a.w., bijv. p. 187. Art. 6:98 BW stelt ons er toe in staat. Vgl. Spier, *Mon. NBW B-36*, p. 8.

40 Davies v. Swan Motor Co (Swansea) Ltd. [1949] 1 All ER 620, 630.

41 Eerder werd de gedeelde draaglast al wel verklaard vanuit de causaliteit. Zie bijv. Paul Scholten, *De causaliteitsvraag in het leerstuk der schadevergoeding buiten contract*, RM 21 (1902), p. 433 v. en vooral Ribbius, a.w., p. 211.

schade wordt immers niet veroorzaakt door de fout van de laedens.<sup>42</sup> Indien men in het natrap-geval Dekker niet aansprakelijk wenst te houden voor de gehele schade, dan kan men een deel voor rekening van slachtoffer Van der Heide laten door te stellen dat voor zover de schop van Dekker 'normaal' was, geen causaal verband bestaat. Voor het meerdere is hij wel aansprakelijk. Dit nu lijkt mij – welke benadering van de eigen schuld men ook kiest – een hoogst belangwekkend gezichtspunt waarmee de kern van de problematiek komt bloot te liggen: wat namelijk 'normaal' is kan slechts worden vastgesteld door te bezien wat *de zorgvuldigheid* in casu eist. Met andere woorden: men acht het redelijk dat Dekker aansprakelijk is *voorzover zijn trap onzorgvuldig was jegens Van der Heide*.<sup>43</sup> Met een verhullend taalgebruik kan men ook zeggen dat dan geen causaal verband aanwezig is tussen de 'normale' schade en het trappen, maar dat oordeel wordt geheel en al ingegeven door de idee dat het trappen dan deels niet onzorgvuldig is.<sup>44</sup>

Men vindt deze gedachte overigens ook terug in de rechtspraak. Indien bij opzet van de laedens ondanks eigen schuld volledige aansprakelijkheid wordt aangenomen, meent men dat de wijze waarop een bepaalde zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden relatief zo ernstig is dat het gedrag van de ander erdoor irrelevant wordt. Dat wordt als het ware geabsorbeerd door de normschending.<sup>45</sup> In die zin vond ook al vóór 1916 een verdeling van de draaglast plaats.<sup>46</sup> Hoe de werking van de zorgvuldigheidsnorm buiten opzet is, komt thans aan de orde.

---

42 Van Schellen, a.w., p. 190 spreekt van 'partiële overvleugeling' van het gedrag van de laedens door dat van de gelaedeerde. Zie ook Ribbius, a.w., p. 211-212.

43 Zoals de Hoge Raad overigens ook treffend aangeeft. Bij mijn weten is op dit aspect van de uitspraak in de literatuur echter niet de aandacht gevestigd.

44 Vgl. reeds de suggestie van P.H. Smits, *Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen*, WPNR 3586-3591 (1938), p. 470: 'Wanneer de schuld is het (van geval tot geval naar objectieve maatstaven te bepalen) inzicht dat verlangd mag worden in de waarschijnlijkheid van zekere gevolgen, dan wordt door dat te vereischen inzicht in wat te gebeuren staat toch mede de zorgvuldigheidsplicht bepaald?'

45 Niet onbelangrijk is dat men in deze visie van verdeling spreekt, *niet* omdat de aanvankelijke uitkomst dat de laedens moet betalen wordt gemitigeerd, maar omdat de laedens eenvoudigweg *deels* niet aansprakelijk is.

46 Dit is ook de conclusie van Prosser voor het Amerikaanse recht inzake de alles-of-niets-benadering der *contributory negligence*: de rechter 'is refusing to set up the lesser fault against the greater', gecit. in Keeton, a.w., p. 334.

#### 4.3 De schending van een zorgvuldigheidsnorm

Dat slechts in concreto kan worden vastgesteld of een zorgvuldigheidsnorm is overtreden, is bekend.<sup>47</sup> Zelfs indien men een eerder geformuleerde norm tot uitgangspunt neemt, dient nog te worden vastgesteld of in casu is voldaan aan het relativiteitsvereiste, dus of ook het kenbare belang van *deze gelaedeerde* is geschonden. Dat de relativiteit daarmee nauw samenhangt met de onrechtmatigheid, is ook door de Hoge Raad erkend:<sup>48</sup>

‘Schendt (de laedens) een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is om te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld (...).’

Deze regel lijkt niet alleen van belang voor de situatie waarin men *wel* rekening moet houden met onvoorzichtig gedrag van de gelaedeerde. In dat geval kan men anticiperen op dat gedrag en komt de eigen schuld niet ten toets.<sup>49</sup> Men moet er rekening mee houden dat kinderen impulsief en onvoorzichtig zijn en hun eigen schuld is dus niet relevant.<sup>50</sup> Dat zij ook opzettelijk of zeer roekeloos handelen is echter zodanig abnormaal dat men *daarmee* niet hoeft te rekenen. Zo wordt de zorgvuldigheidsnorm ook relevant ter toetsing van situaties waarin men nu juist *niet* moet anticiperen op onvoorzichtig gedrag. Zo kan men ook jegens een verstekeling niet onzorgvuldig handelen omdat men op diens aanwezigheid in de auto niet bedacht hoeft te zijn. In zijn verkeersgedrag hoeft men met hem dan ook geen rekening te houden.<sup>51</sup>

De zorgvuldigheidsnorm is hiermee ‘tweezijdig’ geworden: reeds bij de vraag *of* onzorgvuldig is gehandeld, speelt het gedrag

---

47 De ‘Leer Smits’ komt daarop in wezen neer. Ook ik ga er van uit dat inbreuk op een recht of strijd met een wettelijke plicht nooit op zichzelf reeds onzorgvuldig gedrag creëren.

48 HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199 (Staat/Shell e.a.). Althans voor een handelen in strijd met de ongeschreven zorgvuldigheid. Dat onrechtmatigheid altijd relatief is: zie G.H.A. Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. VU 1963, p. 129 v.

49 Zie de bijdrage van Barendrecht aan deze bundel.

50 Vgl. A-G Hartkamp voor HR 8 december 1989, NJ 1989, 778 (Lars Rürode).

51 HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536 (Verstekeling). Zie ook de noot van Van der Grinten voor de verwevenheid van zorgvuldigheid, causaliteit en eigen schuld.

van de gelaedeerde een rol. Is dit van zodanige aard dat de laedens daar geen rekening mee behoefde te houden, dan ontbreekt jegens deze de onzorgvuldigheid. Met deze maatstaf lijkt men ook goed in staat de geleden schade te verdelen: wenst men aan te nemen dat Dekker bijv. 50% van de door Van der Heide geleden schade dient te vergoeden,<sup>52</sup> dan zou dat kunnen volgen uit de regel dat Dekker in zoverre niet onzorgvuldig heeft gehandeld jegens het slachtoffer dat dit toch met *in het vuur van het spel gegeven* 'normale' trappen had te rekenen, doch *niet* met een trap als in casu die leidde tot zo ernstige gevolgen.

In het verkeersrecht is zo'n verdeling ook denkbaar. Wie te hard rijdt en een mede-automobilist verwondt die zonder veiligheidsgordel in zijn auto zat, hoeft slechts een deel van de schade te vergoeden omdat men er geen rekening mee hoeft te houden dat een ander geen gordel draagt. In relativiteitstermen: geschonden is het snelheidsgebod, doch dit strekt slechts ter bescherming van (o.a.) het belang van medeweggebruikers die de gordel dragen. De regels inzake aansprakelijkheid jegens zwakke verkeersdeelnemers bieden eenzelfde perspectief: waarom is de automobilist jegens jonge kinderen in beginsel geheel aansprakelijk en voor oudere kinderen in beginsel voor de helft? Omdat men voor de eersten met alles heeft te rekenen, van de tweeden mag meer inzicht worden verlangd in de consequenties van hun gedrag.<sup>53</sup>

#### *4.4 Voordelen van de voorgestelde benadering*

Waarom is deze alternatieve benadering nu beter dan de huidige? Om twee redenen. In de eerste plaats komen de criteria die reeds zijn ontwikkeld in het kader van de onrechtmatigheid nu beschikbaar voor de vraag naar de eigen schuld. De aard van de overtreden norm (veiligheidsnorm of niet), de aard van de schade (letsel- of andere schade) en de wijze waarop de norm wordt overtreden

---

52 Anders dan Rechtbank, Hof en Hoge Raad die Dekker volledig aansprakelijk achtten.

53 Vgl. de opmerkelijke uitspraak van het Louisiana Supreme Court uit 1978 (Baumgartner v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.), gecit. bij Keeton, a.w., p. 315: 'The operator of a motor vehicle, a dangerous instrumentality, has the constant duty to watch out for the possible negligent acts of pedestrians (...) A higher standard of care (...) is imposed upon the motorist (...). Therefore, he should not be able to escape responsibility for injury to the pedestrian by pleading the latter's negligence'.

(opzet of niet) bepalen of en in welke mate met 'eigen schuld' moet worden gerekend.

In de tweede plaats is men zo in staat tot een zeer concrete verdelingsmaatstaf te komen. Het gaat immers om de formulering van een norm omtrent waarmee men als laedens nog heeft te rekenen; al het meerdere (het 'abnormale' risico) blijft buiten beschouwing. In de 'gordel-gevallen' leidt die maatstaf tot een eenvoudige vergelijking van twee situaties, nl. die waarin het slachtoffer de gordel wel gedragen zou hebben en het geval in casu waarin dat niet zo is: het verschil blijft als 'eigen schuld' voor risico van de benadeelde. Moeilijker, maar niet onmogelijk, is de vergelijking bij de aansprakelijkheid jegens oudere kinderen. Hier hanteert de Hoge Raad kennelijk een *gestandaardiseerde* vergelijking: omdat van dit soort kinderen *in het algemeen* minder voorzichtigheid mag worden verwacht dan van volwassenen, wordt minimaal een 50%-verdeling aangenomen. Heeft het slachtoffer minder dan 50% eigen schuld, dan is weer een vergelijking in concreto aan de orde tussen het geval waarin het kind normaal zou hebben gehandeld en de situatie in casu. Ook in een geval als Dekker/Van der Heide bezieet de rechter of het gedrag van de laedens, mede gezien het gedrag van de gelaedeerde, binnen de grenzen van het normale blijft; zou een 'normaal' voetballer met *deze* trap niet hoeven te rekenen, dan handelt de dader in zoverre onzorgvuldig.

### **5Lessen voor de huidige benadering; risico-aanvaarding en toestemming passé?**

Het betoog tot nu toe kan aldus worden samengevat: de huidige benadering van eigen schuld in zowel rechtspraak als literatuur berust op deels onuitgesproken opvattingen omtrent het onderscheid tussen zorgvuldigheid, causaliteit, eigen schuld en billijkheid. Bij nadere beschouwing blijken deze afwegingsmomenten ineen te vloeien. Hanteert men een normatief causaliteitsbegrip, dan is een billijkheidscorrectie achteraf niet nodig; bij een 'tweezijdige' zorgvuldigheidsnorm kunnen ook in één afweging de invloed van gedragingen van laedens en gelaedeerde worden 'meegenomen'. Een verdeling van de draaglast wordt dan bereikt door de zorgvuldigheidsnorm zo te construeren dat deze verplicht om rekening te houden met een bepaald gedrag van de gelaedeerde.



Voor dat deel waarmee men niet heeft te rekenen, is men niet aansprakelijk.<sup>54</sup> De winst hiermee geboekt is dat de criteria van de zorgvuldigheidsnorm toepasbaar worden op het eigen schuld-vraagstuk. De aard van de norm die geschonden wordt, de wijze waarop dat geschiedt en de aard van de schade zijn uiteindelijk bepalend voor de vraag of en in welke mate de schade voor rekening blijft van de gelaedeerde.

Na bovenstaande meer dogmatische beschouwingen, resteert de vraag wat dit praktisch betekent. Moet de gehele afweging voortaan maar in één keer worden verricht? Neen: een zuiver dogmatisch benadering is voor de rechter die in concreto moet beslissen niet altijd efficiënt. Maar het is dan wel zaak dat bij het zetten van de onderscheiden stappen dezelfde maatstaven worden gehanteerd. Het blijven scheiden van de zorgvuldigheid en de eigen schuld is dan mogelijk, maar een billijkheidscorrectie laten bestaan naast een causaliteitsweging lijkt wat veel van het goede. Een absurde consequentie als het aannemen van 100 % eigen schuld ligt dan op de loer: indien de gelaedeerde 100 % eigen schuld heeft, handelde de laedens mijns inziens 0 % onzorgvuldig en is dan dus in het geheel niet aansprakelijk.<sup>55</sup>

Wat leert dit nu omtrent de betekenis van risico-aanvaarding en toestemming in ons recht? Eenvoudigweg dat beide rechtsfiguren – net als de eigen schuld *an sich* – geen zelfstandige betekenis hebben, maar steeds moeten worden meegewogen bij het oordeel of onrechtmatig gehandeld is jegens de gelaedeerde.<sup>56</sup> Dat heeft de Hoge Raad voor de risico-aanvaarding goed in het licht gesteld, maar de achterliggende gedachte gaat ook op voor toestemming en eigen schuld.<sup>57</sup> Waar bij de eerste twee de onrechtmatigheid

---

54 Ten overvloede zij vermeld dat deze benadering slechts zinvol is zolang men er van uitgaat dat onzorgvuldigheid alleen bestaat indien men *bedacht* moet zijn op eens anders belang (vgl. de 30 september-arresten).

55 Zie ook John Munkman, *Employer's Liability*, 11th ed., London 1990, p. 606: 'The suggestion in one case that there could be 100 per cent contributory negligence seems to have been made *per incuriam*'. Zie voor zo'n geval bijv. Hof Den Haag 15-9-1994, VR 1995, 9 (Bussluis).

56 Zie ook T. Hartlief en G.E. van Maanen, *Hoe werkt de onrechtmatige daad?*, Nijmegen 1995, p. 61 v.

57 De Hoge Raad liet de waarde van de 'toestemming' overigens in het midden. In Dekker/Van der Heide werd geoordeeld dat de risico-aanvaarding ook deels opgaat in de eigen schuld.

ontbreekt,<sup>58</sup> is dat bij de laatste figuur niet per definitie zo. Risico-aanvaarding en toestemming blijven dus nuttige figuren, maar alleen op weg naar een definitief oordeel over de schadevergoedingsverplichting.

---

<sup>58</sup> Aldus terecht H.C.F. Schoordijk, *De normen van maatschappelijke betamelijkheid in sport en spel*, WPNR 6022-6023 (1991), p. 703 v.